

SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL

1. ARTIGOS

1.1 MORAL E JUSTIÇA NO DIREITO PENAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito (UGF-RJ)

Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas

Vianna Júnior (Juiz de Fora-MG)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Legalidade no Direito Penal e os *Casos Difíceis*. 3. Legalidade e Positivismo Jurídico. 4. Fissuras no Sistema Penal Legislado. 5. O Problema da Interpretação e o Abandono do Direito Positivo. 6. Causas Pré-Jurídicas de Exclusão da Culpa e da Ilícitude e o *Paradoxo do Positivismo*. 7. As Conexões Possíveis entre o Direito Penal e a Moral. 8. O Problema da Argumentação Jurídica. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A estrita legalidade, no que diz respeito à definição das condutas puníveis e das respectivas penas, é aquisição do patrimônio da humanidade, nascida no século XIX, por obra do Iluminismo¹. Esse princípio desenvolve uma função da mais alta importância nas sociedades cultas² e, no Brasil, tem *status* constitucional (art. 5º, XXXIX)³.

Os objetivos declarados dessa tomada de posição são, por um lado, impedir a criação judicial dos delitos e das penas e, por outro, endereçar ao legislador uma exigência, qual seja, a de que, ao formular os respectivos *tipos penais*, faça-o de forma precisa, não ambígua, ou seja, veda-se a edição de leis penais de conteúdo impreciso, vago, obscuro.

Assenta-se, nessa pretensão, uma clara tomada de posição quanto ao *legalismo*, ou seja, para a concepção de que, em matéria de Direito Penal, somente a lei (votada pelo Parlamento, em processo regular, segundo a Constituição⁴) pode definir o âmbito de

¹ “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente estabelecida”. (Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789).

² A Lei Fundamental (Grundgesetz) alemã assim dispõe (art. 103, § 2º): “*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*” [uma conduta somente pode ser punida, quando a punibilidade tenha sido determinada, antes da sua prática]. A Constituição italiana, por igual, prevê no art. 25, 1ª ‘comma’: “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”. (Tradução nossa).

³ “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Igualmente, Código Penal brasileiro, art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

⁴ “Legalidade conforme ao ordenamento”. (ALEXY, 1997, p. 94).

proibição. Segundo Jesus (1997, p. 12): “[...] só a lei abre as portas da prisão”.

O objetivo do presente estudo, entretanto, é o de realizar um enfoque crítico à presença do positivismo no sistema penal, iluminando pontos que parecem contradizer, frontalmente, o problema da legalidade penal; mais que isso, realçar a presença de elementos não positivos por todo o arco do sistema penal (principalmente no campo da tipicidade e nas causas de justificação), bem como ressaltar problemas interpretativos que, amiúde, agem como *força centrífuga* ao sistema legislado e que parecem destronar o princípio da legalidade.

2. O Princípio da Legalidade no Direito Penal e os *Casos Difíceis*

O princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) encerra, em si mesmo, um alto *valor*, qual seja, a *imoralidade da edição de leis retroativas*, o que, de pronto, já aponta para a existência de *valores supralegais* envolvendo o ordenamento punitivo. De fato, antes da avaliação propriamente jurídica do princípio, a ele subjaz um valor, claramente ético, consistente na imoralidade da punição retroativa de fatos socialmente reprováveis.

Inumeráveis vezes, com efeito, o próprio ordenamento penal reclama decididamente pela consideração e pela avaliação criteriosa da moral, quando, por exemplo, permite que a pena do crime de homicídio seja especialmente atenuada se o agente agiu impelido por *motivo de relevante valor moral* (art. 121, § 1º, Código Penal) do que é exemplo conhecidíssimo o *homicídio eutanásico* ou, ainda, qualquer valor moral que é aprovado “[...] pela consciência ética de um povo em determinado momento histórico” (SÃO PAULO, 1970); outro tanto dá-se no caso de lesões corporais (art. 129, § 4º, Código Penal).

Outras vezes, a punição de um fato decorre da sua consideração, antes de tudo, como *imoral*, do que é exemplo o ultraje público ao pudor (art. 233, Código Penal), cuja configuração, em casos reais, pode tocar o direito à dignidade da pessoa humana, quando se punem atos de manifestação de uma *tendência homossexual*, como nos casos de *trottoir*⁵ público.

Não raramente, surge na própria norma uma referência expressa ao *valor justiça*⁶, como no caso da legítima defesa, que, em síntese, é a repulsa à *injusta* agressão (Código Penal, art. 25), a direito próprio ou de terceiro; embora não haja um preciso critério legal na definição dessa *injusta agressão*, ela, de fato, desempenha um papel decisivo na justificadora, o que põe à deriva o princípio da legalidade, porque um requisito do *tipo permissivo* haverá de ser, caso a caso, preenchido por *valores* que não constam de prévio rol normativo.

⁵ Casos em que estaria havendo ofensa à moralidade média: “Comete o crime de ato obsceno ‘travesti’ que, na prática do ‘trottoir’, para atrair clientes, expõe partes íntimas de seu corpo, ofendendo a moralidade média da coletividade”.

⁶ A tese da estrita separação entre direito, moral e justiça (neutralidade do direito) é um dos pontos nucleares do positivismo jurídico, (HOERSTER, 2000, p. 11-12).

O inusitado aparecimento de *casos duvidosos*, a despeito da precaução do legislador, parece fazer desalojar o princípio da legalidade de sua pretensa majestade. Veja-se o caso, cambiável para o direito brasileiro, citado por Hoerster (2000, p. 112) de alguém que deseja provocar a morte cardíaca de outrem, já morto cerebralmente e se esta conduta recai ou não sob o § 211 do StGB.⁷

Quais são os *limites legais* do homicídio culposo, diante da redação do nosso Código Penal, que não define o que seja negligência, imprudência ou imperícia (art. 18, II), casos em que a avaliação da conduta fica a cargo de um *juízo normativo* a ser preenchido, de vez em vez, pelo próprio juiz e não pelo legislador, que se limitou a oferecer os *contornos generalíssimos* das possíveis e inumeráveis condutas?

A obtenção de uma vantagem indevida através de *qualquer meio* fraudulento está tipificada como estelionato (art. 171 Código Penal): o pagamento a prostituta, com documento falsificado, configuraria o *crimen* em questão? Nesse caso, como se resolver a situação, quando estão sob confronto, de um lado, um interesse público na persecução de condutas que lesem terceiros e, de outro, o mesmo interesse em não tutelar *atividades imorais*?⁸

A legalidade dos delitos no Direito Penal constitui-se numa clara tomada da posição iluminista, em cuja filosofia encontrava-se patenteada a estrita necessidade de *separação entre os poderes*; desse modo, sendo o Direito algo previamente *dado* ao juiz, este não poderia criá-lo ou interpretá-lo, reduzindo-se sua função à mera declaração daquilo que o legislador previamente houvesse determinado e, portanto, os juízes nada mais seriam do que *a boca que pronuncia as palavras da lei*.

Sendo, ainda, o positivismo uma concepção que abdica da lacunosidade do direito (BOBBIO, 1995, p. 133), o seu método interpretativo é o da *subsunção*. A única fonte do Direito Penal, então, seria a própria lei, com exclusão do costume *contra legem* ou ab-rogativo. (BOBBIO, 1995, p. 132).

O art. 229 do Código Penal tipifica, entretanto, como delito, a manutenção de *casa de prostituição*, definindo-o como sendo o lugar destinado a encontros para fins libidi-

⁷ Trata-se do delito de assassinato, assim definido: “*Mord. Der Morder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Hagbier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einem Menschen tötet*” [O homicídio é punido com a prisão perpétua. É homicida quem, intencionalmente, para satisfação de instinto sexual, por torpeza ou por outro motivo fútil ou torpe, ou com utilização de meio que possa causar perigo comum, ou para o cometimento ou para o fim de ocultar outro delito, mata alguém, tradução nossa].

⁸ Casos como este são resolvidos, no direito brasileiro, pela consideração de que a atividade da prostituta não é tutelada pela lei e, portanto, o cliente que a paga, mesmo com cheques falsos, não comete, em seu detrimento, o crime de estelionato (TACrimSP – RJDTACRIM n. 7, p. 98). Interessante notar que, nessa hipótese, se encontram sob conflito um interesse individual (o da meretriz, no recebimento do valor combinado) e um interesse público na não permissibilidade da proliferação de negócios imorais e não tutelados. Entre punir o cliente, chancelando-se a atividade ilícita, e vedar a prática de atos imorais, prepondera o princípio do interesse público. Trata-se de um caso em que existem razões muito mais fortes contra o reconhecimento de um direito individual, ficando afastada a regra da precedência *prima facie* dos direitos individuais. (ALEXY, 1998, p. 207-208).

nosos, haja ou não intuito de lucro ou mediação do proprietário ou gerente. Provado este fato, o juiz, então, não poderia deixar de aplicar a norma, pela constatação de um costume ab-rogativo. Entretanto, o problema da legalidade, nesse sugestivo caso, é colocado sob confronto com o problema dos costumes, prevalecendo este, em detrimento do tipo legal incriminador, quando se trata de abordar a questão dos motéis e *drive in*, no Brasil.

Veja-se que, na estrita concepção normativa, está vedada a manutenção de *qualquer lugar* destinado a encontros libidinosos. Esse, irrefutavelmente, deveria ser o caso dos motéis. Porém, os tribunais brasileiros, ao serem confrontados com o problema penal, de forma mais ou menos uniforme, deixam de aplicar o comando legal, entendendo-o derogado pelos *costumes sociais*, com a constatação, inclusive, de que as autoridades policiais têm grande hesitação na repressão do fato, justamente, porque existe um *caudaloso costume social*, uma aceitação generalizada quanto à *normalidade* da existência e da frequência àqueles locais.⁹

O princípio positivista da estrita legalidade deveria, então, funcionar como uma moldura, dentro da qual um determinado fato caberia, na sua inteireza e em plena conformação, com a previsão normativa; caso contrário, estaria excluído de seu espectro, por desconformidade, do que derivaria o princípio da *taxatividade*¹⁰. Portanto, para atender à sua específica função, uma conduta ou é permitida ou é expressamente vedada pelo ordenamento, sendo lícito ao indivíduo fazer ou praticar tudo aquilo que não foi previamente vedado. Assim, na aplicação das normas penais, estaria o juiz afastado da discricionariedade.

Resta aqui, examinar, por alguns casos esparsos, se essa pretensão de cunho nitidamente legalista é possível normativa ou factualmente.

Kelsen (2003, p. 388) reconheceu a impossibilidade de que a aplicação do Direito possa ser feita de forma completa, ou seja, de que as normas, em geral, possam ser tão completas e determinadas que nenhuma margem de atuação reste a quem as aplica. De fato, reconhecia que “[...] mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, de forma que, tanto o ato de criação quanto o de aplicação do direito é “[...] em parte determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”. (KELSEN, 2003, p. 389). Essa indeterminação alcança tanto o fato condicionante como a consequência condicionada. Dá, como exemplo, ainda, para os casos penais, a hipótese de determinação da pena cabível a um delito quando a própria lei concede ao juiz a faculdade de escolher entre a pena pecuniária (multa) ou a pena de prisão, além da concessão da faculdade de fixação dos limites desta mesma pena, no máximo ou no mínimo.

⁹ “Nos tempos atuais, em que proliferam os *drive-in*, motéis, casas de relax, não se pode concluir, açodadamente, que simples locação de quartos a casais tipifique favorecimento à prostituição”. (SÃO PAULO, 1984).

¹⁰ “O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo tempo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos” (LUIZI, 2003, p. 24).

Por outro lado, reconhecia que a aplicação do Direito poderia tornar-se problemática, pela pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime, ou seja, a não univocidade do sentido verbal da própria norma. Daí porque, em todos os casos de indeterminação (intencional ou não), “[...] oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica”. (KELSEN, 2003, p. 390). Nenhuma norma, então, seria criada ou aplicada sem que, concomitantemente, abrissem-se, para seu conhecimento, *várias possibilidades*, ou seja, o ato de aplicação do Direito envolve várias soluções.

O Direito a aplicar, forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 2003, p. 390).

Os mais expressivos representantes do positivismo jurídico, Hart (1961) e Ross (1994), na construção de suas teorias sobre o Direito, reconhecem a presença de inumeráveis *casos duvidosos* (problemáticos) bem como a *relatividade das proposições jurídicas* em geral. Se isso é verídico, também o será para o campo penal.

Para Hart (1961, p. 139), em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que ela, em geral, pode oferecer. Haverá, na verdade, *casos simples* que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não. Cita o caso hipotético em que a autoridade resolva proibir a entrada de veículos em determinado parque municipal, interrogando: “A expressão veículo, usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?” (HART, 1961, p. 139).

Reconhece, pois, que a quem haja de aplicar a norma ao caso concreto, sempre é deixado algum *poder discricionário* e que a *comunicação de padrões de comportamento* envolve, nos casos correntes, grande indeterminação, que se qualifica como *textura aberta*.

Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. (HART, 1961, p. 141).

Igualmente, Ross (1994, p. 43), ao estudar o problema da aplicação das regras jurídicas, e, reclamando esse processo um outro prévio de interpretação, ocorre a introdução automática de pontos vitais de incerteza. Abdicando do problema da prova dos fatos, o processo de interpretação, realizado pelo juiz, pode estar motivado por fatores que não são ideológico-jurídicos, o que é decisivo para o valor prático da ciência do

direito. Ademais, em toda proposição jurídica há um grau de *relatividade*, produto da *incerteza*.¹¹

Casos limites no âmbito do princípio da legalidade são os dos *atos culposos*, que exigem a apuração da diligência devida ou *cuidado objetivo* para configuração da modalidade delituosa. As formas como se apresentam, amiúde, estes delitos os insere nos chamados *casos difíceis*, em que “[...] não podemos prever *ab initio* que combinações de circunstâncias surgirão, nem que interesses terão de ser sacrificados e em que medida, se houver que tomar precauções contra os danos. Daí que sejamos incapazes de considerar de forma precisa, antes que surjam casos concretos, que sacrifício ou compromisso de interesses ou valores desejamos fazer, para reduzir o risco de danos” (HART, 1961, p. 146).

Precisamente porque, nos delitos culposos, não há aquela forma típica de *subsunção dos fatos à norma* e, precisamente porque o conteúdo do dever de diligência não é ditado pelo legislador, mas depende de um processo de todo diverso, controlado pelo juiz, é que se põe em causa a *reserva legal* ou, mais acentuadamente, o princípio da taxatividade, pelo qual o conteúdo do injusto deveria ser ditado pelo legislador e não por outras autoridades.

O *dever de cuidado* não pode ser precisado pela norma. Desse modo, o princípio da legalidade penal fica sob escombros, havendo, aqui, uma enorme *textura aberta*, ao aguardo da concreção de juízos (des) valorativos, de forma que já não mais se pode dizer que é o legislador quem está abrindo as portas da prisão.

Essa mirada é também a de Tavares (2003, p. 240), que procura ressaltar a inexistência no tipo legal culposo da descrição exaustiva das atividades cuidadosas devidas, o que resulta em *tabula rasa* do princípio da legalidade:

No caso dos delitos culposos, essa especificação do dever apresenta-se defasada, em face da inexistência de tipo legal com descrição exaustiva das atividades cuidadosas devidas. Isto tem origem, inclusive, na própria organização da estrutura jurídica e nas possibilidades de verificação concreta da conduta perigosa, cuidadosa ou descuidada. Este fato ainda não foi inteiramente observado. *Desde que se deixe ao juiz a faculdade de afirmar a forma de conduta cuidadosa que o agente deveria ter realizado, nada mais se faz do que tabula rasa do princípio da legalidade.*

De fato, as “[...] combinações antecipáveis dos fatores relevantes” (HART, 1961) são poucas, com grande outorga de poder discricionário ao juiz, que não está mais sujeito ao princípio da legalidade. Aqui, ocorre coisa semelhante ao que se dá na entrega de *poder regulamentar* atribuído a certas autoridades e que somente pode ser exercido

¹¹ “Además, la interpretación de las reglas de derecho ofrece puntos vitales de incertidumbre” (ROSS, 1994, p. 42).

depois de se ter realizado algo, ou seja, o próprio fato.

O mais famoso exemplo desta técnica no direito anglo-americano é o uso do padrão de diligência devida, em casos de culpa. As sanções civis, e ao menos freqüentemente as criminais, podem ser aplicadas àqueles que omitam usar da diligência devida para evitar causar danos físicos aos outros. Mas o que é razoável ou diligência devida numa situação concreta? (HART, 1961, p. 145).

Disso resulta a insuficiência do princípio da legalidade penal como técnica positivista de emoldurar o direito, resultando claro que ele é extremamente *dúctil* para conter somente a norma, desprendida de valores. Inúmeros tipos legais (do que são exemplos significativos os delitos culposos) pressupõem uma atividade construtiva *não legalista*. Por fim, os contínuos *casos duvidosos* ou *marginais*, não expressamente resolvidos por dedução lógica, jamais permitem uma solução unívoca. Por vezes, é a própria norma que reclama o seu preenchimento por valores suprapositivos, como a moral e a justiça.

3. Legalidade e Positivismo Jurídico

O presente tópico pretende estudar, ainda que sumariamente, a questão do *positivismo jurídico* e sua *conotação legalista*, qual seja, a concepção de que o Direito constitui-se em *legalidade segundo o ordenamento jurídico*; no item seguinte, procuraremos argumentos para demonstrar a impraticabilidade dessa concepção reducionista.

A doutrina do positivismo jurídico envolve concepções várias, não havendo uma teoria positivista *pura*, ou seja, com postulados únicos e fixos, mas várias teorias juspositivistas. Isso não nos impede de agrupar os seus fundamentos centrais, da seguinte maneira: a) o direito resume-se a um conjunto de fatos sociais, análogos àqueles do mundo natural. Sendo assim, o jurista deve estudá-los de forma análoga à realidade natural, isto é, abstendo-se de formular juízos de valor. O termo *direito* é avalorativo (neutro). A afirmação da validade do direito prescinde da afirmação do seu valor (BOBBIO, 1995, p. 131) e sua aplicação deve ser levada a cabo pelo *processo da subsunção* (interpretação mecanicista); b) o direito é definido através do conceito de lei (HOERSTER, 2000, p. 11), sendo esta a fonte preeminente do direito (BOBBIO, 1995, p. 132); c) inexistência de normas suprapositivas objetivamente válidas (*subjetivismo do direito natural*).

Há outros postulados contidos em teorias positivistas (v.g., imperatividade da ordem jurídica, teoria da obediência [legalismo], completude do ordenamento etc.), os quais consideramos, para os fins deste estudo, negligenciáveis. A abordagem escolhida, assim, tem em mira o problema do positivismo, em confronto com o sistema penal.

Esses três postulados fundamentais do positivismo jurídico estão muito próximos do

Direito Penal, porque a ele se aplicam quase automaticamente, sem que o aplicador prático seja levado a questionamentos de fundo sobre a natureza, os fundamentos e a validade do direito que invoca. Assim, a possibilidade de redução *meccanicista* de um fato à lei penal, como trabalho preliminar e indispensável na *praxis* forense, reduz o problema do próprio direito à mera subsunção dos fatos à norma. Junto a esse processo, encontra-se o postulado da *legalidade penal* que vivifica o último postulado positivista, ou seja, a inexistência de normas suprapositivas válidas. O Direito Penal, então, não poderia ser visto sob outra ótica, que não a positivista e, por isso, constitui-se num ramo do direito em que os postulados positivistas mais parecem aderir.

A primeira tese positivista (neutralidade do direito e exigência de sua interpretação *meccanicista*) é justificada com a seguinte ordem de argumentos: a) a característica de todas as ciências (mesmo que matemáticas, naturais e sociais) consiste na sua avalo-ratividade, ou seja, na rigorosa exclusão do seu campo dos juízos de valor: a ciência deverá estar preocupada com o conhecimento da realidade; este conhecimento deve ser objetivo, ou seja, com exclusão de toda subjetividade, do que são exemplos os juízos de valor; “Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa”. (BOBBIO, 1995, p. 136).¹²

A segunda tese (a lei como única fonte de qualificação do direito) é um dos pontos fundamentais da doutrina positivista e diz respeito à validade das normas jurídicas. (BOBBIO, 1995). Válida é a norma produzida por uma fonte autorizada. Para o positivismo, é ponto medular o *princípio da prevalência*, ou seja, na predominância da lei sobre todas as outras fontes do direito. Em geral, os ordenamentos jurídicos são complexos e hierarquizados. Assim, a fonte predominante, aquela que se situa no plano mais alto, é a lei. Abaixo dela, situam-se os costumes¹³. Em Direito Penal, a função dos costumes é sempre tida como muito restrita, “[...] subsidiária e acessória” (BRUNO, 1967, p. 201) por força do princípio da legalidade:

A fonte imediata do Direito Penal é a lei, na sua fonte formal, em que se fundamenta o seu sistema, que é, assim, muito mais rígido e fechado do que os outros ramos do Direito. (BRUNO, 1967, p. 202).¹⁴

¹² Refere-se, ainda, ao pensamento de Hobbes e Austin, cujos fundamentos filosóficos criaram as bases do positivismo, para chegar a Kelsen. Na filosofia deste eminente juspositivista, o Direito é resumido a uma técnica para a obtenção de determinadas condutas sociais, o que é obtido através do instrumento da coerção; “[...] como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor” (BOBBIO, 1995, p. 142).

¹³ “Do ponto de vista de uma teoria jurídica positivista, que não pode aceitar nem a existência de um imaginário espírito do povo, nem a de uma solidarité sociale igualmente imaginária, a função constitutiva, isto é, criadora de Direito, do costume não pode ser posta em d vida, da mesma forma que o não pode ser a da lei”. (KELSEN, 2003, p. 253). A fonte costumeira possui função limitada, uma vez que “[...] só se pode operar através das normas individuais a estabelecer pelos órgãos aplicadores do Direito”. (KELSEN, 2003, p. 254), ou seja, a admissão do costume depende do seu reconhecimento pelos tribunais.

¹⁴ Para o penalista, os costumes não podem sequer integrar a lei penal nas suas lacunas, nem possuir a  o derogatória ou ab-rogatória (BRUNO, 1967, p. 202).

Por fim, para a teoria positivista, os critérios do *direito justo* são de natureza subjetiva, pelo qual “[...] *no existen normas suprapositivas objetivamente válidas. Las respectivas normas tendrían que ser suprapositivas porque los criterios del derecho recto no pueden ser encontrados en el propio derecho*”. (HOERSTER, 2000, p. 23)¹⁵. Além disso, a crença no Direito Natural “[...] é redutível a uma falácia muito simples: a impossibilidade de perceber os sentidos muito diferentes que tais palavras impregnadas de direito podem assumir”. (HART, 1961, p. 203).

O Direito Penal, assim, estaria inserido no *reino da positividade jurídica* que, pelo princípio da legalidade, concretizaria o desejo de um Estado Liberal de Direito, qual seja, a separação dos poderes “[...] *che nella materia penale si traduce nell'attribuzione al 'solo potere legislativo' del compito di individuare i reati e le relative sanzioni (pene e misure di sicurezza): si traduce cioè nel 'principio di legalità' (o principio di 'riserva di legge')*”. (MARINUCCI; DOLCINI, 1999, p. 9, grifo do autor).

4. Fissuras no Sistema Penal Legislado

Este tópico procura indicar a existência de *conteúdos não legalistas* (não positivos) no direito penal, quer refira-se às normas incriminadoras ou não; além disso, procura realçar a existência de *casos marginais* ou *duvidosos* na rotina dos tribunais e cuja solução não se resume à mera subsunção dos fatos à lei.

A constatação inicial sobre a subsistência de um delito é a referência à lei, o que o modelo analítico-positivo denomina por “[...] inegabilidade do ponto de partida” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 256). Não é possível, assim, ao juiz criar requisitos da tipicidade penal, o que equivale a dizer: não é possível a criação judicial de um delito. Não é possível, igualmente, a outras autoridades definir quaisquer figuras criminosas. O costume, por igual, não é fonte do direito penal, não podendo, ainda, derrogar nenhuma lei penal.

Alguns *casos insólitos* (ALEXY, 1997, p. 15) para os quais a solução concreta, além de não poder ser formulada de forma unívoca, nem mesmo centrarem-se, puramente, nos limites da lei, põem sob intenso tremor o princípio da legalidade.

Havíamos feito referência a um julgado de cunho penal, pelo qual a exposição das partes íntimas de um travesti, em via pública, ofenderia o pudor público. Esta mesma conduta, se praticada no Brasil, durante o carnaval, seria punida? Seriam puníveis, igualmente, as práticas de *topless* ou a prática de *nudismo*, em locais abertos ao público, mas reservados somente a quem lá se dispusesse a praticá-los? (DELMANTO, 2000, p. 445).¹⁶

¹⁵ “Manifestamente, con medios puramente lógicos no es posible fundamentar normas suprapositivas”. (HOERSTER, 2000, p. 24).

¹⁶ Para o autor, referidas práticas não configuram ato obsceno, “[...] em face dos nossos costumes atuais”. (DELMANTO, 2000, p. 445). Antes da Lei n. 11.106 de 28.03. 2005, o art. 215 do Código Penal incriminava a prática de conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude. Pergunta-se: o conceito de mulher honesta estava referido na lei penal? Entretanto, o significado da expressão não era formulado pelo legislador, mas dependia, integralmente, da apreciação dos costumes em uma determinada realidade social, o que demonstrava que a intelecção do tipo penal decorria de uma prática costumeira e não legislada. Honesta, assim, seria aquela mulher que não “[...] rompeu com o mínimo de decência exigido pelos bons costumes”. (RJTJESP, n. 9, p. 578). O princípio da legalidade, então, parece sofrer abalo, na consideração de que, em determinados casos, a configuração de um delito não é feita pelo legislador.

Seria possível, no nosso país, punir-se uma prática rotineira, porém ainda ilegal, consistente no *jogo do bicho*?

Não é difícil colherem-se decisões, no sentido de que o costume *contra-legend* não revoga a lei em vigor (RT, n. 715, p. 539). Entretanto, não é raro o entendimento contrário, no sentido de que, sob a forma da *aceitação social* (o que equivale dizer, dos costumes contrários à lei posta), a incriminação da conduta (*jogo do bicho*) carece de eficácia:

A atividade do próprio Poder Público na exploração de jogos de azar retirou, em verdade, do *jogo do bicho* sua primitiva feição contravencional, tornando-o *prática rotineira de ostensiva aceitação popular*. (RT, n. 606, p. 338, grifo nosso).

Se alguém diz que determinada mulher é uma *rapariga*, estará cometendo o delito do art. 140 do Código Penal (injúria)? A resposta não pode ser buscada na lei, e o processo de aplicação desta não se resume à mera subsunção. Há necessidade de avaliação, no caso concreto (dependendo especificamente da região do país onde foi dita), dos costumes locais, para a constatação da subsistência do delito ou sua exclusão. Assim, a expressão poderá significar ou uma injúria, se a conotação local expressar que a ofendida é uma *meretriz*, ou um elogio, significando uma *mulher moça*. (JESUS, 1997, p. 27).

A inclusão na *fattispecie* penal das denominadas cláusulas gerais que “[...] são fórmulas sintéticas compreensivas de um grande número de casos que o legislador renuncia a enumerar e especificar” (MARINUCCI; DOLCINI, 1999, p. 61), deixa ao próprio juiz uma margem extensa de avaliação, quando se trata de individuar quais são os casos que recaem no âmbito da norma incriminadora. Ora, trata-se do fenômeno da transferência do legislador para o juiz da tarefa de individuar o conteúdo do preceito primário, o que implica uma fuga do princípio da legalidade.¹⁷

Outro problema da legalidade está nos denominados *elementos normativos do tipo penal*, ou seja, naqueles delitos em que a compreensão da figura incriminadora depende de referências a normas de conduta ético-sociais ou de valorações feitas pelo juiz (e não pelo legislador!) quando da aplicação da norma ao fato concreto. Nesses casos, ocorre a introdução de grandes imprecisões conceituais, do que são exemplos as expressões, *ato obsceno*, *motivo fútil*, *matrimônio*, etc., presentes em diversas figuras penais.

¹⁷ Exemplificativamente, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83) contempla delitos com cláusulas gerais, do que são exemplos o artigo 15 (sabotagem contra instalações militares) e o art. 16, incriminando a conduta daquele que integra ou mantém associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça, ou seja, a manutenção dos aparelhos subversivos.

Esses casos são referidos por Marinucci e Dolcini (1999, p. 71) como aqueles que apresentam uma *zona cinzenta*, expressão muito próxima à denominação de Hart (1961), Ross (19994) ou Alexy (1998) para os casos de *textura aberta*, *casos difíceis* ou *insólitos*.

Por exemplo: após o parto, vem à existência um ser humano. Se sua morte ocorre muito tempo após aquele acontecimento, o responsável será penalizado por homicídio. Se a morte do recém-nascido dá-se durante o parto ou logo após, o crime praticado é o do art. 123 (infanticídio). Qual o significado da expressão *logo após*, contida no referido artigo? Trata-se da comprovação inequívoca da subsistência, mesmo no âmbito da *estrita legalidade* penal, das denominadas *zonas cinzentas*, onde a conduta pode ou não recair.

Veja-se o delito do art. 212 do Código Penal. Ali está prevista a conduta incriminada do vilipêndio a cadáver ou a suas cinzas. Conquanto seja possível aferir-se o significado das expressões *cadáver* e *cinzas*, qual o conteúdo da expressão *vilipêndio*? Falar mal de determinado defunto configuraria ou não o tipo em questão?

Outro significativo exemplo está no art. 137 do Código Penal (rixa). Nele encontra-se prevista a conduta daquele que participa de rixa; porém, a fórmula legal deixa ao arbítrio do intérprete a fixação e o estabelecimento se o delito ocorre somente com uma confrontação corpo a corpo ou também por meio de um embate à distância, como nos casos de conflito por disparos de arma de fogo ou lançamento de pedras; bem assim, não está definido o número mínimo de participantes para a integração do tipo.

Nos casos dos *elementos normativos do tipo*, ocorre grande zona de imprecisão, justamente porque estes elementos contidos no tipo dependem, para sua compreensão, de juízos de valor (normativos ou extranormativos), como nos casos de ato obsceno (art. 233, Código Penal), objeto obsceno (art. 234), qual seja, aquele capaz de excitar a sensualidade ou a *luxúria*, havendo *notável margem de incerteza* quanto aos limites em que a *obscenidade* possa ter havido, ou não.

Configura ou não o delito do art. 233 do CP um beijo ardente e prolongado em praça pública, por dois jovens apaixonados? E se não configura, com base em que elementos é possível excluir-se a conduta do tipo penal em questão? Qual tipo de moralidade é reclamada ou exigida para a não-configuração do *crimen*?

Nos crimes culposos, por exemplo, em que a culpa decorre de *imperícia*, ocorrem *casos problemáticos*, porquanto esta modalidade de culpa importa em violação de normas técnicas preventivas que não são fixadas em atos normativos públicos ou privados, mas que são deduzidas das *legis artis* existentes nos diversos setores da vida de relação e que dependem, ademais, de uma contínua adequação às novas regras elaboradas nos respectivos setores técnicos.

5. O Problema da Interpretação e o Abandono do Direito Positivo

Dois *casos emblemáticos* procuram ilustrar o presente tópico. Ambos inserem-se naquelas hipóteses denominadas *zonas cinzentas* ou turvas, nas quais “[...] a lei a aplicar é imprecisa e as regras da metodologia jurídica não conduzem necessariamente a um único resultado”. (ALEXY, 1998, p. 19).

São os *casos de abertura das normas*, nos quais o modelo da subsunção (típico do positivismo jurídico) não encontra perfeita correspondência, reclamando, então, uma solução por critérios extrajurídicos (não positivos), na medida em que o juiz, ao preencher as lacunas encontradas, porque a norma não pode ser perfeitamente subsumida ao fato, manobra a questão com *pautas não legisladas*.

Trata-se de um *problema constante* no direito positivo (constituído de regras) e que, em verdade, não pode ser evitado, como nos assegura Alexy (1998, p. 166):

Aun en el caso de una legislación óptima y de un perfecto manejo de las reglas y formas de la interpretación jurídica, no puede garantizarse ninguna determinación y seguridad permanentes del derecho.

Os casos trazidos à consideração são os do *feto anencefálico* e o da *prática de racismo*; nesse último caso, considera-se a publicação de obras contendo discriminação contra judeus, fato esse ocorrido no Brasil. O feto anencefálico é objeto de Arguição de Preceito Fundamental (BRASIL, 2005), versando sobre a possibilidade (ou não) da interrupção da gravidez, quando o feto estiver acometido de anencefalia. O caso da prática de racismo foi objeto de Habeas Corpus (BRASIL, 2004), versando sobre editor de livros com caráter anti-semita (Siegfried Ellwanger).

As questões fundamentais postas são as seguintes: 1. o Código Penal brasileiro (art. 128, I e II) permite a interrupção da gravidez, quando o aborto é praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante. Configura aborto (portanto, crime punível segundo os artigos 124 e 125 do Código Penal) a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico? 2. a Constituição Federal (art. 5º, XLII) prevê que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Por sua vez, o art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (com redação dada pela Lei n. 8.081/90) prevê como crime as condutas de escrever, editar, divulgar e comerciar livros *fazendo apologia de idéias preconceituosas e discrimina-tórias contra a comunidade judaica*. A publicação de livros anti-semitas constitui-se em crime de *racismo*?

O problema da subsistência ou não do crime de aborto, quando a gravidez resulta em feto anencefálico, pressupõe, para ser corretamente entendida, questões de ordem

moral e ética, fazendo a interpretação dos dispositivos penais depender de elementos extralegais, principalmente, da ponderação quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia da vontade. Não podendo o feto sobreviver (segundo ampla bibliografia especializada), não seria possível impor à gestante a obrigação de levar a termo a gestação, previamente reconhecida como inviável (pelo defeito congênito do fechamento do tubo neural durante a gestação). O feto, assim, resiste apenas algumas horas após o parto, no máximo.

Nesse problemático caso, não especificamente legislado, estaria a genitora, a despeito da restrita redação do art. 128 do CP, autorizada à interrupção da gravidez? Se, entretanto, no caso concreto, prevalecerem os princípios supra-apontados, a ocorrência do abortamento, ainda que fora dos restritos casos do art. 128, I e II, do CP, não configuraria delito, mesmo na ausência de expresso permissivo penal. Quais valores deverão prevalecer, no julgamento de um caso semelhante? O direito à vida (que toca ao nascituro, mesmo que por breves momentos) ou a dignidade humana, bem como a autonomia de vontade e o princípio da liberdade, que tocam à gestante?¹⁸

Estando inviabilizada a vida humana autônoma (NUCCI, 2000, p. 335), a ausência de cérebro pode ser motivo *mais que suficiente* para a realização do aborto. A futura decisão do STF, entretanto, pelo panorama já delineado, não estará pautada em suportes legalistas, mas na ponderação de valores.

De outro lado, permanece em aberto a seguinte questão: seria permitida (com a mesma ponderação de outros valores tutelados) a intervenção terapêutica para interromper gravidez de *seres humanos monstruosos*?

O segundo *caso problemático* objeto de análise é o do crime de racismo, por divulgação de obra discriminatória aos judeus, fato que estaria subsumido no art. 20 da Lei de Preconceito Racial.

A questão fundamental a responder é a seguinte: é racismo a prática de apologia anti-semita? Os judeus constituem-se em *raça humana* para fins de tutela penal prevista na Lei de Preconceitos de Raça?

No julgamento de HC (BRASIL, 2004), em caso de repercussão nacional, o STF, através do seu Tribunal Pleno, entendeu que não existem distinções entre os seres humanos e, assim, a raça humana não é susceptível de subdivisão que, se existente, resulta de um *processo de conteúdo meramente político-social*. O Racismo, assim, surge desse pressuposto (divisão político-social da espécie humana), ocasionando a discriminação e o preconceito segregacionista. A consideração dos arianos como raça superior e dos judeus como raça inferior nefasta e infecta é *inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo*.

¹⁸ Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 58/DF, o Min. Marco Aurélio, por decisão liminar prolatada em data de 01/07/2004 concedeu liminar para os fins de permitir à gestante a prática da submissão à operação terapêutica de parto de feto anencefálico, a partir de laudo médico atestando a deformidade e a anomalia que atingiu o feto.

neo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático.

O Supremo Tribunal Federal, ainda, no caso julgado (BRASIL, 2004), faz expressa referência ao fato de que o crime de racismo implica “[...] condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País”. O entendimento pela subsistência do delito está inteiramente ancorado em elementos não legislados (ética e moral), de forma que o *anti-semitismo* constitui-se em manifestação de uma *imoralidade intolerável*.

Mais que isso, o Acórdão ressalta que, a ponderação dos princípios constitucionais da *liberdade de expressão* não pode prevalecer diante do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Pela importância do julgado, merece sua transcrição abaixo:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade

do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrîmen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia

constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. ‘Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento’. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL, 2004).

O debate quanto ao posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal, evidentemente, não está encerrado. Há problemas ainda latentes e derivados da fundamentação da matéria, com projeção de inumeráveis e imprevisíveis consequências, de forma que a aprovação da decisão não é tão fácil, como aparentemente se possa pensar.

O Tribunal não faz mistério em pautar a decisão, pela configuração do crime de racismo por apologia de idéias discriminatórias contra a comunidade judaica, na inconciliabilidade desta prática com os *padrões éticos e morais* definidos na Carta Política do Brasil e pela restrição do direito à livre expressão, no confronto com *manifestações de conteúdo imoral* que implicam ilicitude penal, caso típico de *ponderação de valores* (liberdade de expressão, vedação da discriminação racial e dignidade da pessoa humana).

As relações entre o direito e a moral estão, aqui, claramente delineadas. O que está oculto, porém, no histórico julgamento, é a *brutal expansão* do direito para confins que deveriam ser ocupados pela moral. Seria realmente adequado, num caso que, por qualificar-se como *difícil* e envolver, sempre, *juízos morais*, a opção por estes últimos? Não seria, pelo contrário, imoral que o direito punisse comportamentos imorais dos indivíduos? Não seria imoral a ausência de neutralidade do direito frente a comporta-

mentos imorais dos indivíduos? Qual a contradição ou imoralidade, no dilema entre o direito e a moral, em considerar uma conduta moralmente reprovável e politicamente *perigosa* ou indesejável, porém, não por isso, proibi-la e apená-la juridicamente? A decisão do Supremo não estaria abrindo as portas da moral para a sua invasão pelo direito? O direito pode substituir a moral?

Atitudes preconceituosas como o racismo, a xenofobia etc., são imorais, assim como são morais e dignas de encômios as contrárias atitudes anti-racistas e antixenóforas. Nesse campo e, somente nele, devem digladiar-se, pois o campo moral é, exatamente, o terreno apropriado para estas batalhas.

A imposição de uma sanção jurídica, porém, requer algo mais do que a mera reprovação moral de uma conduta qualquer, mesmo que, nela, possa-se divisar algo de imoral ou politicamente perigoso. Ao punir as manifestações anti-semitas, o direito penal não estaria sendo utilizado como instrumento da moral? Nesse caso, não estaria havendo uma *ação invasiva* do direito penal, sem que se legitimasse como *meio necessário* para a proteção de um determinado *bem jurídico*?

Como ficariam, a partir do precedente criado pelo Supremo Tribunal Federal, as manifestações preconceituosas contra determinadas *classes sociais* ou contra habitantes de uma determinada região do Brasil, contra drogados, homossexuais, etc.?

Notícia-nos Atienza (1993, p. 37) um julgado do Tribunal Constitucional espanhol versando sobre uma ação cível ajuizada por Violeta Friedman contra Leon Degrelle, ex-chefe da SS nazista, por afirmações desse último em periódico e que teriam ofendido a honra da demandante. Estava em jogo o problema da ponderação entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra. O Tribunal Constitucional acolheu a demanda da autora, condenando o demandado a indenizá-la, sob o fundamento de que este havia efetuado “[...] *juicios ofensivos al pueblo judío que poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de fatos históricos*” (ATIENZA, 1993, p. 47).

A *ratio decidendi* da sentença expressava-se nas considerações de que nem a liberdade de expressão, nem a liberdade ideológica compreendem o direito a efetuar campanhas de caráter racista ou xenófobo; a dignidade da pessoa humana provoca a derivação e a projeção do direito à honra que não admite discriminação alguma por razão de nacionalidade, raça, sexo, opiniões ou crenças; os direitos à liberdade ideológica e de expressão não garantem o direito de expressar e difundir uma determinada concepção da história ou do mundo com “[...] *el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social*” (ATIENZA, 2003, p. 48).

Questiona o autor, ainda, se essas *ratio decidendi* eram coerentes, estudando o julgado do Tribunal Constitucional espanhol sob o ponto de vista das relações entre o Direito

e a Moral, para fixar estas importantes considerações:

[...] es perfectamente posible – y no solo de hecho – considerar éticamente reprobables el racismo, la xenofobia, el odio de clase o el fanatismo religioso y, sin embargo, entender que el Estado haría mas si prohibiese que esas ideas puedan manifestarse libremente; o, para decirlo con más precisión, el derecho a la libertad de expresión puede, ciertamente, limitarse cuando su ejercicio puede afectar a otros valores (el honor de las personas, el orden público etc.), pero no por la simple razón de que lo que se exprese se considere moralmente incorrecto. (ATIENZA, 2003, p. 53).

O que se percebe, tanto na decisão do STF quanto na sentença do Tribunal Constitucional espanhol, enfim, são os muitos problemas surgidos pelas relações entre o Direito e a Moral e a maneira pela qual esta última influi no estabelecimento e na conformação das decisões judiciais, deixando em aberto o seguinte questionamento de Atienza (2003, p. 59): que critérios morais podem ser usados para valorar moralmente o Direito?

6. Causas Pré-Jurídicas de Exclusão da Culpa e da Ilícitude e o “Paradoxo do Positivismo”

Os fundamentos filosóficos do positivismo são três, consoante grande consenso entre os juspositivistas: 1. legalidade-neutralidade do direito; 2. interpretação mecanicista (*subsunção*); 3. subjetivismo do direito justo. Por corolário do princípio da legalidade, existe o dogma da existência de uma “[...] obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes” (FERRAJOLI, 2002, p. 700). Esse dogma somente admite relativização nos casos em que o próprio ordenamento atribui aos juízes a faculdade de não-aplicação das leis vigentes quando estas são *suspeitas de invalidez*. Isso significa, em última instância, que a sujeição do juiz à lei impede que ele tenha, “[...] além de um poder de denotação e conotação, também um poder de disposição” (FERRAJOLI, 2003, p. 703).

Perante o Direito Penal, dada a prática de uma infração penal, deverá ser punida, salvo quando o próprio ordenamento preveja causas que excluam o crime ou a culpabilidade. Assim, as causas de exclusão do ilícito estão previstas nos artigos 23 *usque* 25 do CP, ou em dispositivos esparsos pela Parte Especial (v.g., art. 146, § 3º - intervenção médico-cirúrgica, sem o consentimento do paciente, se justificada por iminente perigo de vida e a coação exercida para impedir o suicídio).

Em outros casos, o próprio Código exclui a culpabilidade do agente, como nas hipóteses de coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22) ou na embriaguez derivada de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º). São previsões, igualmente, *taxativas*, somente em presença das quais o juiz poderia excluir a culpabilidade do agente e,

portanto, o próprio crime.

As causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, porém, podem não estar no ordenamento (e isso se constitui num *paradoxo do positivismo*), havendo casos em que, a despeito da falta de disposição legal expressa, o sujeito é absolvido, pelo reconhecimento das denominadas *causas supralegais* de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Sendo assim, existem estados *pré-jurídicos* de justificação os quais se impõem ao direito legislado e, portanto, afastam o próprio princípio da legalidade.

Como se justifica isso filosoficamente, senão pelo reconhecimento de que há questões de *justiça material* subjacentes ao ordenamento?¹⁹

Vejam, nos exemplos seguintes, como podem surgir as denominadas causas supralegais, hipóteses em que não ocorre nenhuma correspondência entre o dado fático e os estritos limites legais das causas justificativas: a) numa *rebelião carcerária*, alguns presos resolvem fazer a denominada *ciranda da morte*, pela qual os presos mais fracos serão sacrificados, à medida que o tempo passa e as reivindicações não são atendidas. Um detento, escolhido para o próximo *sacrifício*, aproveita-se do momento em que o *líder* encontra-se dormindo e, sabendo que não poderá contar com o auxílio de nenhuma autoridade, mata o *sentenciante*, para não ser morto como vítima do *código ético*; b) um traficante, dominador no seu território, promete matar determinado morador, se este não lhe entregar a filha para uma conjunção carnal. Sem poder contar com a proteção do Estado, o referido pai mata o traficante autor do constrangimento, aproveitando-se de uma situação de rara oportunidade, sabendo que outro morador já tinha sido executado, em situação idêntica (GRECO apud SANTOS, 1995, p. 3).

Acolhida a solução positiva, os casos acima referidos resultarão em condenação, porquanto seus pressupostos não cabem nos estreitos limites das causas legais de justificação ou da exclusão da culpabilidade. Não obstante, admitindo-se uma causa supralegal (e, portanto, não legislada) os autores dos fatos apontados não serão responsabilizados, porque o reconhecimento de um estado de inculpabilidade ou de justificação *pré-jurídicos* “[...] dispensa a existência de normas expressas a respeito” (TOLEDO, 1991, p. 328).

O reconhecimento das causas supralegais está submerso em grande problemática deontológica e filosófica e encontra antecedente remoto no velho princípio romano “[...] *ad impossibilia nemo tenetur*” (FERRAJOLI, 2002, p. 400), configurando hipóteses em que um elemento do fato típico é excluído, pela impossibilidade mesma da omissão do delito.

A subsistência dessas justificantes ou dirimenes extralegais é um problema de imensa significação para o Direito Penal, porque elas se constituem naqueles *casos duvidoso-*

¹⁹ “A possibilidade de alegação de uma causa supralegal, em algumas situações, como deixou entrever Wessels, pode evitar que ocorram injustiças gritantes”. (GRECO, 2002, p. 465, grifo nosso).

sos, imprecisos, para cuja solução nem sequer existe texto legislado, consistindo-se em *estruturas pré-jurídicas indeterminadas* e cuja comprovação empírica “[...] abre um amplo espaço – no processo – a valorações, impressões e opções discricionárias” (FERRAJOLI, 2002, p. 401).

Não obstante, o STJ, no Brasil, quando chamado a decidir caso em que uma causa supralegal excludente da culpa foi alegada, reconheceu a sua existência, determinando que os jurados fossem questionados sobre a aplicação concreta da exculpante *supra-legal*.²⁰

Os problemas aqui postos são essencialmente de *justiça material*. Para realizá-la nos casos concretos, os tribunais e juizes depuram um labor que se direciona em *rota de colisão* com o positivismo jurídico. Mais do que a sua negação, os inúmeros casos apontados neste estudo indicam que há muito pouco de positivismo no ordenamento penal.

7. As Conexões Possíveis entre o Direito Penal e a Moral

O confronto entre a *Justiça* e o *Direito* foi posto no tópico anterior. A validade das causas supraleais de exclusão do ilícito e da culpa resolve-se pela exclusão do direito positivo, com grande aproximação dos valores igualmente suprapositivos. A justiça é um deles; o outro ponto, objeto de nossa preocupação, é a *moral*. Como funciona a moral no direito penal? Que relações são possíveis e qual a função pode desempenhar a moral no campo penal?

Com este questionamento, pretendemos indicar a existência de um estreito elo entre o direito posto e a moral (*pretensão de correção*), o que, muitas vezes, é reclamado pelas próprias normas positivadas. Não pretendemos, porém, justificar o Direito pela Moral, o que foi objeto de nossa preocupação e crítica no estudo do *caso Ellwanger*, decidido pelo STF (BRASIL, 2004), mas restritamente questionar a tese juspositivista de que o Direito posto é *neutro* e, portanto, não contém valores e não está relacionado com a moral.

O princípio da legalidade como fonte jurídica de legitimação das normas é um postulado no qual se baseia a “[...] função garantista do direito contra o arbítrio” (FERRAJOLI, 2002, p. 697). Nele, está contida, antes de tudo, uma *exigência ética* consistente na imoralidade de punir-se alguém sem que para ele seja possível, pelo menos, o conhecimento da proibição. Além disso, “[...] a idéia da legalidade como fonte exclusiva e exaustiva do direito positivo nasce propriamente como uma instância jusnaturalista de racionalidade de justiça” (FERRAJOLI, 2002, p. 698). Sendo assim, o Direito Pe-

²⁰ “Penal e processo penal. Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada. – Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco” (BRASIL, 1990).

nal parece-nos o ramo do ordenamento mais *rebelde* quanto à admissão do postulado positivista da *neutralidade do direito*.

O campo mais propício para a interseção entre Moral e Direito é o da *ponderação de princípios*; neles há sempre um *conteúdo moral* (ALEXY, 1998, p. 13). Nas causas supraleais de justificação, igualmente, há grande simbiose entre ambos, estando sob confronto o valor da *legalidade* e o valor da *liberdade*. Na ponderação entre eles, tem *precedência* a liberdade; portanto, admitem-se as causas de justificação supraleais.

O problema dos princípios em direito é o dos *valores*. Todo valor representa um *conteúdo moral*. Portanto, a qualquer princípio corresponde um valor moral.

Muito freqüentemente, ocorre, nos casos práticos, um conflito de princípios que cum-pre resolver. Nessa *relação de tensão* entre princípios igualmente excludentes (*colisão de princípios*) (ALEXY, 1998, p. 11), ocorre uma necessidade de *ponderação*. No caso do *feto anencefálico*, estavam em jogo dois valores de igual *status*: o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana. O primeiro tocava ao feto; o segundo, à mãe gestante. Como excluir um deles, senão pela *teoria da ponderação dos princípios*?

A prevalência de um princípio em detrimento de outro se denomina *princípio de prevalência* (ALEXY, 1998, p. 15), tratando-se de uma das questões mais atraentes e controvertidas da Teoria do Direito.

Por exemplo, entre os valores da liberdade de informação e expressão (CF, art. 5º, IV e IX), versando sobre um delito praticado por alguém, e o direito à inviolabilidade da honra e da própria imagem, qual, no caso concreto, deverá prevalecer?

Aqui, entram em jogo, inquestionavelmente, questões morais, uma vez que o próprio direito não fornece critérios de *desempate* entre os seus próprios princípios. Vê-se, logo, que o problema da mera *subsunção* (típico do positivismo) não tem, neste ponto, serventia. Por outro lado, não existem soluções unívocas para todos os conflitos imagináveis. Além disso, a ponderação dos *princípios prevalecentes* depende, em grande parte, de considerações morais, como, v.g., a preponderância dos princípios com assento constitucional, em detrimento dos princípios situados em escalão imediatamente inferior (*prevalência dos princípios constitucionais*).

Entre esses (*princípios constitucionais*), prevalece aquele cuja importância, no caso concreto, é mais intensa. (ALEXY, 1998, p. 31). Se igual a *intensidade da interferência* de dois princípios do mesmo escalão, ocorre o denominado *caso difícil*, para cuja solução é decisiva a ponderação (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) da *prevalência dos princípios individuais sobre os bens coletivos* (ALEXY, 1998, p. 33). Esses critérios, não é difícil perceber, submetem-se, sempre, à interferência da moral e mostram a íntima conexão entre os dois sistemas, destruindo, enfim, o ponto de partida positivista

da neutralidade do direito frente à moral. A *conexão conceitual*, não custa enfatizar, é necessária.

Os limites precisos dessa conexão, no direito penal e no ordenamento jurídico como um todo, constitui-se em uma questão persistentemente aberta.

8. O Problema da Argumentação Jurídica

Este ponto do estudo procura, sumariamente, descrever a polêmica entre o *pensamento tópico e sistemático* na ciência do Direito, indicando como debatedores centrais Atienza (2003) e Canaris (2002), em dois estudos de grande significação para a aplicação prática do direito.

O *pensamento sistemático* na orientação da resolução dos problemas concretos de aplicação do direito tem sido o entendimento metodológico dominante e baseia-se numa concepção *teleológico-sistemática* do direito, fixando-se em dois pontos: em termos hermenêuticos, visa à execução de *criações espirituais objetivamente pré-dadas*, refutando o apoio das premissas apenas no *common sense*, bem como não considera as questões que surgem apenas como problemas singulares isolados. Portanto, segue uma “[...] tendência generalizadora da justiça” (CANARIS, 2002, p. 268).

O *pensamento tópico* orienta-se por problemas e, portanto, constitui-se na *técnica do pensamento problemático*. Pensando por problemas individuais, a ciência do direito constitui-se num *sistema aberto*. O pensamento tópico, então, processa-se inversamente, divisando no sistema jurídico apenas um projeto provisório, “[...] modificável a todo tempo” (CANARIS, 2002, p. 247). Mais que isso, o modo de pensar tópico é o *modo aporético*, que raciocina por *dúvidas permanentes*, pois o problema é uma questão para cuja solução não há respostas claras. Para a obtenção de suas premissas argumentativas, justamente porque elas não podem ser estritamente comprovadas, utiliza-se a *tópica do common sense*, relacionando-se, intimamente, com a retórica.

Vê-se, então, que o problema da contraposição entre uma concepção e outra não é apenas uma diferença psicológica. A *tópica* possui uma tendência particularizante. A concepção *sistemática*, por outro lado, é generalizante.

Para Canaris (2002, p. 255), a vertente *tópica* dentro da Ciência do Direito é impraticável, sob os seguintes argumentos: a) a indagação do justo não se constitui num problema de pura retórica; b) as premissas fundamentais para o jurista dão-se em especial através da própria lei; c) a *tópica* nada diz sobre o mínimo de sua aplicabilidade na Ciência do Direito; d) os pontos de vista comuns, embora relevantes para a solução dos problemas concretos, não surgem no sentido vinculativo, ou seja, não são direito vigente; e) o pensamento *tópico* constitui-se apenas numa proposta de decisão; f) a *opinião da maioria* ou a *opinião dos sábios* não determina qual seja o direito vigente. O direito vigente é o direito objetivo, constituindo este, precisamente, o *déficit* do argumento *tópico*; g) a *tópica* joga uma função importante quando fornece, somente

ao legislador, propostas de decisões; h) a tópica não é, de modo algum, a única alternativa à lógica formal, e, de nenhuma forma, constitui-se no único processo para a obtenção das premissas; i) situa-se, além disso, em “[...] forte oposição à doutrina jurídica da validade e das fontes do Direito” (CANARIS, 2002, p. 269).

Não haveria, então, nenhuma *possibilidade remanescente* para o pensamento tópico na Ciência do Direito?

Parte o pensamento tópico da constatação seguinte: os casos concretos, muitas vezes, aparecem para os juízes como *casos difíceis*. Nestes, é insuficiente uma argumentação lógica. Procura, então, desenvolver uma *racionalidade na aplicação do Direito*. Nesse contexto (aplicação do Direito), o processo de *adjudicação* ou, o que é o mesmo, de *subsunção* das normas ao caso concreto precisa contar com critérios de justificação e que fundamentem, de fato, as decisões tomadas.

No contexto da aplicação do Direito, a teoria padrão da argumentação jurídica só considera o processo a que se costuma denominar ‘adjudicação’, esquecendo-se, quase por completo, de que a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que significa um processo que não consiste apenas em aplicar normas jurídicas, embora, naturalmente, as normas jurídicas continuem tendo nele um papel importante. (ATIENZA, 2003, p. 214).

Pensando por problemas, o raciocínio tópico procura encontrar *critérios de correção* e controle da fundamentação das decisões, muito especialmente, nos *casos difíceis*, quando estão em jogo os fins da lei, a concreção de valores, sua justificação ética e a solução, enfim, de questões de alta significação num determinado contexto social.

Vejamos como Atienza (2003, p. 42) discute o problema, fazendo-o através de uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol, a respeito de vários presos de Grupos Antifascistas Primeiro de Outubro – GRAPO, que declararam *greve de fome*, como medida para conseguir algumas melhorias em sua situação carcerária.

Referidos presos pressionavam a administração carcerária, para que os membros do grupo fossem reunificados, no mesmo centro penitenciário, o que implicava modificação na política governamental de dispersão de presos por delito de terrorismo. Os tribunais espanhóis foram chamados a se pronunciar sobre se cabia ou não autorizar alimentação à força desses presos, quando sua saúde estivesse ameaçada, em consequência da longa duração da greve de fome. Várias soluções se apresentaram e foram, de fato, tomadas pelos tribunais inferiores.

As decisões variavam, nos seguintes termos: a) a alimentação dos presos, à força, estava autorizada, mesmo que os reclusos se encontrassem em estado de plena consciência; b) o governo, pelo contrário, só estava autorizado a esse tipo de medida, quando o preso tivesse perdido a consciência.

O Tribunal Constitucional, em sentença de 27. 06. 1990, decidiu que, no caso, a administração penitenciária tinha a obrigação de alimentar à força os presos da GRAPO, quando sua saúde corresse grave risco como consequência de uma greve reivindicatória, e, portanto, as autoridades deviam alimentá-los, “[...] inclusive à força” (ATIENZA, 2003, p. 217).

Nesse caso emblemático e instigante, o problema que estava em jogo era como se resolver o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal. A escolha do Tribunal Constitucional foi no sentido da *prevalência do valor da vida humana*, sobre o valor da autonomia pessoal, o que significava reformular uma norma, segundo a qual “[...] quando a saúde de um detento corre grave risco como consequência de uma greve de fome reivindicativa, a Administração tem a obrigação de alimentá-lo, inclusive à força” (ATIENZA, 2003, p. 217).

Vê-se que o tribunal havia feito uma *ponderação entre valores*, para chegar à conclusão indicada, da prevalência do *direito à vida*, afastando o valor da *autonomia pessoal*.

De fato, quando as premissas de um determinado problema contêm todas as informações necessárias para chegar-se à solução, dedutivamente se obtém aquela. Mas, em repetidas vezes, o processo não se opera tão facilmente assim, e a passagem de *A* para *B* reclama outros argumentos, muitas vezes, grande necessidade de *ponderação de valores*.

A norma existente no caso dos presos da GRAPO, citado por Atienza (2003), era precisa quando determinava que a administração penitenciária estaria obrigada a preservar a saúde, a vida e a integridade dos detentos, mas, pelo contrário, não era precisa, quando se queria saber se tal obrigação existia também quando o próprio preso, voluntariamente, põe sob risco a sua própria vida, mediante uma prolongada greve de fome.

A solução dos *casos difíceis* implica, então, a incorporação de conteúdos de natureza política e moral (ATIENZA, 2003, p. 223) que se constituem na condição *sine qua non* dos casos concretos.

Quando, porém, utiliza-se do procedimento de *ponderação de valores*, há a apropriação dos *argumentos tópicos*. Então, aqui, eles jogam uma função importante e não apenas *remanescente* como quer Canaris (2002, p. 269). Ele mesmo, refutando o procedimento tópico, concede-lhe possibilidades aplicativas que não são secundárias, em verdade.

Os casos de ocorrência de *lacuna* são propícios para a colonização do método tópico. Nas *lacunas carentes de valoração*, onde o direito positivo não contenha valorações

²¹ Para Atienza (2003, p. 223), a solução correta do caso, que não foi sustentada por nenhum tribunal, seria a de que a administração penitenciária “[...] não pode alimentá-los à força” nem mesmo quando os presos perdem a consciência.

para a sua integração, detém o procedimento tópico grande primazia.

Quando se há de fazer uma ponderação de interesses e, portanto, quando seja necessária uma *relação de composição*, há a interferência do método tópico. Portanto, “[...] o âmbito virado, em primeira linha, para o pensamento sistemático, não se conserva totalmente livre das influências da tópica” (CANARIS, 2002, p. 276).

Por outro lado, é no campo do Direito Constitucional que a tópica possui grande importância, quando se encontre um conflito entre valores de mesma hierarquia e *status* jurídico. Assim o reconhece o próprio Canaris (2002, p. 277).

O arcabouço estrutural da argumentação tópica, entretanto, não se encontra acabado, mas sujeito ao constante desafio do aprimoramento, se quiser sobreviver como uma orientação útil para as tarefas de produção e aplicação do direito. O persistente desafio, por suposto, é encontrar e oferecer um método “[...] que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre a sua correção” (ATIENZA, 2003, p. 225). Essa ingente tarefa está por ser cumprida.

9. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1998.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2492/RS. Relator: Min. Assis Toledo. Brasília, 23 de maio de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental nº 58/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de setembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 824242/RS. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAIJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Juarez Tavares et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo juridico*. Barcelona: Gedisa, 2000.

JESÚS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1999, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho e la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

SANTOS, William Douglas Resinete dos. *Ensaio crítico sobre direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 104076. São Paulo, 16 de março de 1970.

STRAFGESETZBUCH (StGB). 35 Auflage. Deutscher Taschenbuch Verlag, 2000.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.